

---

# PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO

ÁREA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO - INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS

FUNDADA EN 1974

UNIVERSIDAD DE NAVARRA

PAMPLONA. ESPAÑA / ISSN: 0211-4526

2012/1 / NÚMERO 66 (ENERO-JUNIO) / 2012/2 / NÚMERO 67 (JULIO-DICIEMBRE)

---

## DIRECTORA

**Caridad Velarde**

---

## CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR TÉCNICO

**Juan Cianciardo**

UNIVERSIDAD DE NAVARRA

VOCALES

**Francisco J. Contreras**

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

**Isabel Trujillo**

UNIVERSIDAD DE PALERMO

SECRETARIO

**Aitor Rodríguez Salaverría**

UNIVERSIDAD DE NAVARRA

Las opiniones expresadas en los trabajos  
publicados en esta revista son de la  
exclusiva responsabilidad de sus autores

---

## COMITÉ CIENTÍFICO

**Javier Hervada**

**Andrés Ollero**

PRESIDENTES DE HONOR

**Angela Aparisi**

(NAVARRA)

**Jesús Ballesteros**

(VALENCIA)

**Bogusław Banaszak**

(WROCLAW)

**Francisco Carpintero**

(CÁDIZ)

**Jean Luc Chabot**

(GRENOBLE)

(†) **Sergio Cotta**

(ROMA)

**Francesco d'Agostino**

(ROMA)

**Paloma Durán**

(MADRID)

**John Finnis**

(OXFORD)

**Robert P. George**

(PRINCETON)

**Juan José Gil-Cremades**

(ZARAGOZA)

**Mary Ann Glendon**

(HARVARD)

**Ilva M. Hoyos**

(BOGOTÁ)

**Roberto Ibáñez**

(MÉXICO)

**Werner Krawietz**

(MÜNSTER)

**Antonio L. Martínez-Pujalte**

(ELCHE)

**Carlos I. Massini**

(MENDOZA)

**José J. Megías**

(CÁDIZ)

**Peter-Paul Müller-Schmidt**

(MÜNCHENGLADBACH)

**Cristóbal Orrego**

(SANTIAGO DE CHILE)

**José A. Pastor-Ridruejo**

(MADRID)

**J. P. Rentto**

(TURKU)

**Pedro Serna**

(CORUÑA)

**Robert Spaemann**

(STUTTGART)

**Jean M. Trigeaud**

(BURDEOS)

**Francesco Viola**

(PALERMO)

**Christopher Wolfe**

(MILWAUKEE)

---

## Dirección, redacción y correspondencia:

Instituto de Derechos Humanos  
Edificio de Bibliotecas, despacho 1731  
Universidad de Navarra  
31080 Pamplona. España.  
Tfno.: 34-948425600  
Telefax 34-948425636  
e-mail: pyd@unav.es

---

## Edita:

Servicio de Publicaciones  
de la Universidad de Navarra, S.A.  
Campus Universitario  
31080 Pamplona (España)  
T. 948 425 600

## Precios 2011:

Unión Europea:  
Suscripción anual: 1 año, 2 vols. / 50 €  
Número suelto: 28 €  
Otros países:  
Suscripción anual: 1 año, 2 vols. / 52 €  
Número suelto: 38 €

---

## Maquetación:

pretexto@pretexto.es

**Impresión:** GraphyCems

**Tamaño:** 170 x 240 mm

**Fecha impresión:**  
30-diciembre-2012

**DL:** NA 685-1975  
**SP ISSN:** 0211-4526

---

# PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS  
2012\* / NÚMERO 66 (ENERO-JUNIO)

---

## LOS DERECHOS SOCIALES

**Boguslaw BANASZAK**

Constitutionalisation of Social Human Rights – necessity or luxury? 17-28  
[Constitucionalización de los derechos sociales. ¿Necesidad o lujo?]

**Paloma DURÁN Y LALAGUNA**

Las referencias onusianas para una definición europea de derechos sociales 29-48  
[The UN references to define social rights in Europe]

**Andrés OLLERO**

Los nuevos derechos 49-62  
[The new Rights]

**Enrique DEL CARRIL**

Notas para una fundamentación de los derechos sociales 63-79  
[Notes for a Foundation of Social Rights]

**María Marta DIDIER**

La exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos: un imperativo del principio de igualdad 81-107  
[The judicial enforcement of basic social rights: a requirement of the principle of equality]

**Fernando TOLLER**

La armonización de derechos mediante el control de razonabilidad. Reflexiones sobre el principio de proporcionalidad y aplicación práctica a partir de un caso de vacunación obligatoria 109-146  
[Justice in Decision-making and Discretionary Regulations. The Harmonization of Rights and Public Goods Through a Reasonableness Analysis Using a Case of Mandatory Vaccination]

**Carlos HAKANSSON**

Los derechos sociales en la Constitución peruana. Elementos para una aproximación al reconocimiento y vigencia de los derechos sociales en el marco iberoamericano

147-180

[Social rights in the Peruvian Constitution. Elements for an approach to the recognition and enforcement of the social rights in the Latin American context]

**Carlos Diego MARTÍNEZ-CINCA**

La democracia liberal entre la crisis del Estado de bienestar y la retórica circular de la eficiencia

181-200

[Liberal Democracy, the Crisis of the Welfare State, and the Circularity of Efficiency as a Social Goal]

**Alfonso MARTÍNEZ-CARBONELL LÓPEZ**

Claves educativas para responder a los actuales retos de Europa

201-225

[Educational keys to respond to the current challenges in Europe]

---

## RECENSIONES

RAMÍREZ GARCÍA, H. S. / PALLARES YABUR, P. de J., *Derechos humanos* / [Juan Cianciardo] / 229 // GRONDIN, J., *¿Qué es la hermenéutica?* / [Carlos I. Massini Correas] / 232 // VENDEMIATI, A., *San Tommaso e la legge naturale* / [Daniel Contreras Ríos] / 236 // RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., *Interpretación, Derecho, Ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica* / [Leticia Cabrera Caro] / 241 // GARCÍA CUADRADO, Antonio M., *Principios de Derecho constitucional* / [Sonsoles Arias Guedón] / 245 //

---

# PERSONA Y DERECHO

---

ISSN: 0211-4526

REVISTA DE  
FUNDAMENTACIÓN  
DE LAS INSTITUCIONES  
JURÍDICAS  
Y DE DERECHOS  
HUMANOS

---

NÚMERO 66  
2012 / 1  
LOS DERECHOS  
SOCIALES

---

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO /  
SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD  
DE NAVARRA / PAMPLONA / ESPAÑA



Universidad  
de Navarra

---

# La democracia liberal entre la crisis del Estado de bienestar y la retórica circular de la eficiencia

*Liberal Democracy, the Crisis of the Welfare State, and the Circularity of Efficiency as a Social Goal*

RECIBIDO: 2012-08-15 / ACEPTADO: 2012-09-06

---

Carlos Diego MARTÍNEZ-CINCA

Universidad de los Andes (Chile)

[cdmartinez@miuandes.cl](mailto:cdmartinez@miuandes.cl)

**Resumen:** El presente trabajo analiza la eficiencia o “maximización de la riqueza” como respuesta a los problemas del estado de bienestar. Dicha respuesta ha sido propuesta por la llamada escuela de Chicago como una solución a los problemas de ambigüedad conceptual inherentes a la definición del bienestar colectivo. Aquí se pretende mostrar que tras una retórica científica que no es ajena a intereses políticos creados, los partidarios de la eficiencia terminan anegando las cuestiones morales y políticas en una madeja de datos de difícil contrastación empírica.

**Palabras clave:** utilidad, bienestar, eficiencia, maximización, científicismo, liberalismo, política, Posner, Escuela de Chicago.

**Sumario:** 1. Planteamiento del problema. 2. Hipótesis del presente trabajo. 3. La circularidad del enfoque de la elección racional. 4. Consecuencias políticas de un enfoque “ingenuo”.

**Abstract:** This paper aims at an analysis of the efficiency or “wealth maximization” as a solution for the problems of the welfare state. This solution has been advanced by the so called “School of Chicago”. Although, beyond the empty core of its scientific rhetoric, the liberal advocates of efficiency uncover the strategy of overwhelming the moral and political issues in a swamp of data susceptible of no proof.

**Key words:** utility, welfare, efficiency, maximization, scientism, liberalism, politics, Posner, School of Chicago

**Summary:** 1. Setting out the problem. 2. Hypothesis. 3. Circularity of the rational behavior approach. 4. Political consequences of an “ingenuous” approach.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Una característica propia de la democracia liberal como forma de gobierno común en Europa desde el último tercio del siglo XIX hasta el presente (con los altibajos históricos ya conocidos), ha sido la constante subordi-

---

\* El presente trabajo es resultado de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto FONDECYT Posdoctorado 3120252: “Insuficiencias del Análisis Económico del Derecho frente a los casos difíciles. Claves para la superación del pragmatismo consecuencialista de Richard Posner desde el horizonte de los bienes humanos básicos de John Finnis”. El autor agradece a FONDECYT y al *Jacques Maritain Center* de la Universidad de Notre Dame que lo recibió en una estadía de investigación necesaria para completar el presente trabajo.

nación de los programas de gobierno a las directrices económicas propiciadas por economistas identificados con alguna escuela económica dominante en un determinado momento histórico. Incurriendo en un exceso de simplificación sería posible afirmar que gran parte de los vaivenes históricos de la democracia liberal, al menos en el siglo XX, podrían explicarse, de un modo u otro, por la ascendencia intelectual (y en algunos casos por la fascinación) que determinadas escuelas económicas han ejercido oportunamente sobre los economistas y, por su intermedio, sobre los responsables de aplicar las políticas de estado.

Simplificando aún más, sería posible agregar que los vaivenes de la democracia liberal se entienden mejor como una oscilación entre dos polos alternativos del liberalismo económico: el llamado “estado de bienestar” y la llamada “economía de libre mercado”. En diversas experiencias históricas del último tercio del siglo XX (y con llamativa ocurrencia también en los albores de la segunda década del siglo XXI) ante la crónica crisis del estado de bienestar, la democracia liberal ha tomado como alternativa la variable del “ajuste” y la reducción del gasto público en aras de la eficiencia administrativa, una receta procedente de la escuela de Chicago, cuyo principal cometido científico ha sido demostrar las inconsistencias teóricas del modelo utilitarista del bienestar colectivo y las ventajas de la eficiencia o maximización de la riqueza colectiva en términos monetarios, aun cuando ello vaya asociado a una mayor desigualdad o concentración de la riqueza.

Definido sumariamente, el estado de bienestar se funda en el principio general de que el estado es quien tiene la responsabilidad de asegurar a todos sus ciudadanos, a través de sus instituciones y prácticas sociales y económicas, un cierto nivel de disfrute de bienes sociales tales como beneficios de desempleo, servicios de salud, y contribuciones de la seguridad social, que les permitan alcanzar al mayor número posible de individuos un nivel de vida decente y un mínimo de bienestar o felicidad<sup>1</sup>. Pero dado que el mercado no puede garantizar por sí mismo la provisión ni el disfrute equitativo de tales bienes (algo que podría definirse como una “falla” o “externalidad” de mercado), la intervención del estado resulta en algún grado necesaria, a la postre, si se pretende alcanzar un nivel de vida decente con un mínimo de bienestar para el mayor número posible de ciudadanos.

---

<sup>1</sup> BAKER, B. “The Welfare State: Objectives, Subordinate Principles, and Justifying Grounds”, en *Law, Justice and the State. Essays on Justice and Rights* (vol. 1), Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1995, pp. 171-178.

En general, la dificultad teórica más importante de este modelo de estado reside en la precisión conceptual de lo que debería entenderse por ‘bienestar’. Asociada habitualmente al concepto utilitarista de ‘felicidad colectiva’, la idea de bienestar orbita teóricamente en torno a la vaga noción de “un excedente de placer por encima del dolor”<sup>2</sup>, una noción que bien puede incluir el placer de todos los habitantes de una nación como también el de los habitantes de las naciones vecinas, y en un mundo globalizado, por qué no, el de los habitantes de todo el orbe. En algunas versiones contemporáneas del utilitarismo se ha llegado a considerar, incluso, el placer de los animales capaces de experimentarlo<sup>3</sup>.

Por su parte, y en términos muy generales, la propuesta de la denominada “escuela de Chicago” podría expresarse, en términos teóricos, como el intento por superar los problemas de vaguedad conceptual mediante un refinamiento analítico del concepto de ‘utilidad colectiva’, lo que desemboca en la directa sustitución del bienestar o utilidad colectiva por el concepto de ‘eficiencia’ como norma fundamental de la política legislativa y de la adjudicación de los derechos individuales y colectivos<sup>4</sup>. En términos de realidad política, semejante giro analítico se cristaliza en una importante restricción impuesta a los cometidos sociales del estado, lo que implica en cierta medida un retorno al modelo del “estado gendarme” postulado por el liberalismo clásico<sup>5</sup>.

La alternativa neo-liberal al estado de bienestar ha sido materia de una trabajosa y refinada elaboración científica. Tuvo su punto de partida en 1960 con el “teorema” de Ronald Coase sobre el costo social de la intervención estatal en el libre funcionamiento del mercado<sup>6</sup>, y ha sido desarrollada en el ámbito de la teoría jurídica y de la filosofía del derecho al seno del movimiento conocido como *Análisis Económico del Derecho* (AED), cuyo principal exponente, co-fundador y divulgador ha sido el jurista norteamericano Richard Allen Posner.

<sup>2</sup> SIDGWICK, H. *The Methods of Ethics*, Macmillan & Co., London, 1907, pp. 95, 120, 130 *et passim*.

<sup>3</sup> Al respecto véase POSNER, R. “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *Journal of Legal Studies*, n° 8 (1979), pp. 103-140.

<sup>4</sup> Véase en esta misma revista MARTÍNEZ-CINCA, C. “Maximización de la riqueza y asignación de derechos en Richard Posner”, *Persona y Derecho*, vol. 60, 2009, pp. 323-351.

<sup>5</sup> “La prevención de las agresiones internas dentro del país, y la protección del país contra los agresores externos, constituyen el núcleo de las funciones gubernamentales y definen un gobierno verdaderamente mínimo, lo que en algunas ocasiones se denomina ‘estado gendarme’ [nightwatchman state]” (POSNER, R. “Law and Economics Is Moral”, *Valparaiso University Law Review*, vol. 24 [1989-1990], p. 166).

<sup>6</sup> Véase COASE, R. “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, vol. III, octubre de 1960, pp. 1-44.

## 2. HIPÓTESIS DEL PRESENTE TRABAJO

En el presente trabajo partiré de la siguiente hipótesis: al emplear una retórica científica tan formal y abstracta como la que emplea, el giro analítico propuesto por la escuela de Chicago no lograría superar, en el fondo, la objeción fundamental formulada a los teóricos del estado de bienestar en relación a los problemas de ambigüedad conceptual. Una consecuencia directa de ello sería el abandono de toda pretensión normativa coherente y la caída en un pragmatismo vago y difuso que tornaría ilusoria cualquier aspiración a la verdad en la filosofía práctica<sup>7</sup>.

Para confirmar dicha hipótesis, mi objetivo principal aquí será mostrar la vaciedad formal del concepto de ‘eficiencia’ que constituye el meollo de la propuesta analítica de la escuela de Chicago. A tal efecto, me centraré en la clave conceptual de dicha noción de eficiencia que, según el propio Posner, reside en el enfoque de la elección racional de Gary Becker, y procuraré poner de manifiesto el carácter abstracto, formal y vacío del concepto de ‘maximización’ cuando con él se intenta explicar la conducta humana al margen de cualquier consideración moral.

Como consecuencia de este análisis pretendo mostrar también, aunque sólo de manera indirecta, que la retórica aparentemente vacía en que se apoyan las teorías económicas que constituyen la pauta normativa de las concepciones liberales del estado no son ingenuas, pues pretenden erigirse en la instancia determinante de lo político, una aspiración que “a la larga nunca puede resultar”, como señalara hace algunos años Rafael Alvira<sup>8</sup>. El lugar natural de los argumentos económicos en la secuencia del razonamiento práctico que debe orientar el buen gobierno de la cosa pública es siempre un lugar subsidiario y nunca subordinante de las decisiones políticas, como pretende la retórica científica que sirve de sustento al pensamiento liberal (tanto en su versión del bienestar como en su versión radical de libre mercado). Sólo cuando las decisiones ya han sido tomadas desde un horizonte de comprensión adecuado de

---

<sup>7</sup> POSNER, R. *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 465 y ss. Respecto al paso en falso dado por el giro analítico de la escuela de Chicago, véase HACKNEY, J. “Law and neoclassical economic theory: a critical history of the distribution/efficiency debate”, *Journal of Socio-Economics*, vol. 32, 2003, pp. 361-390.

<sup>8</sup> Véase en esta misma revista ALVIRA, R. “Intento de clasificar la pluralidad de subsistemas sociales, con especial atención al Derecho”, *Persona y Derecho*, n° 33 (1995), p. 46.



lo político, pueden entonces los argumentos económicos constituir una herramienta de ajuste *a posteriori* para predecir, con relativa generalidad, los costos de reconocer determinados derechos y de aplicar determinadas políticas.

### 3. LA CIRCULARIDAD DEL ENFOQUE DE LA ELECCIÓN RACIONAL

Comencemos primero por analizar qué entiende Posner por economía.

En un trabajo de 1987, Posner sostiene que en el lenguaje ordinario existen tres clases fundamentales de términos o palabras –aunque no aclara según qué teoría lingüística o criterio semántico se establece la distinción–. Existen en primer lugar los términos puramente *conceptuales*, rigurosa e inequívocamente definidos por su referencia a otros conceptos que, como en el caso de los números, no designan ningún objeto observable “en el mundo real”. Luego se encuentran los términos *referenciales* que, como ‘conejo’, se refieren a alguno de los objetos existentes “en el mundo real”. Finalmente,

“existen palabras como ‘derecho’, ‘religión’, ‘literatura’ –y ‘economía’– que no son ni referenciales ni conceptuales. Tales palabras resisten todo intento de definición. De hecho no poseen ningún sentido rígido, y sus definiciones en el diccionario son circulares. Se pueden usar pero no definir”<sup>9</sup>.

La razón de que el término ‘economía’ (o sus adjetivos y derivados) sea circular, indefinible, y no posea un objeto de referencia en el mundo real, como pretende Posner, es que solamente se puede afirmar que existe un conjunto de conceptos indeterminados en cuanto a su fin, tales como ‘competencia perfecta’, ‘maximización de la utilidad’, ‘costo de oportunidad’, ‘equilibrio’, o ‘costo marginal’, que en su opinión derivan generalmente de “supuestos comunes” acerca de la conducta individual y que pueden ser utilizados para predecir con aceptable regularidad el comportamiento de las personas. Cuando tales conceptos se usan con propiedad, cualquier trabajo académico se torna entonces un trabajo económico, “sin importar la materia sobre la que verse ni el grado o formación académica de su autor”. Entendiendo lo económico de manera tan

---

<sup>9</sup> POSNER, R. “The Law and Economics Movement”, *American Economic Review Papers and Proceedings*, n° 77-1 (1987), p. 1.

amplia, no hay nada que torne el estudio del matrimonio y del divorcio menos apropiado *a priori* para la economía que el estudio de la industria automotriz o el índice de inflación, como sostiene expresamente G. Becker<sup>10</sup>. De este modo, y aunque pueda resultar chocante,

“el sexo es también una actividad económica. La búsqueda de una pareja con quien tener sexo (como el acto sexual en sí mismo) lleva tiempo, e impone así un costo que se mide por el valor de ese tiempo en su próximo-mejor uso [*next-best use*]”<sup>11</sup>.

Es lógico, admite Posner, que ante semejante concepción de lo económico que lleva a la economía más allá de sus límites tradicionales, se plantee un cierto escepticismo en torno a la posibilidad de que las herramientas económicas funcionen bien en todas esas áreas en las que generalmente no se dispone de los datos adecuados para testear las hipótesis científicas<sup>12</sup>. Sin embargo, la ausencia de la información relevante no resulta suficiente para invalidar el concepto analítico del hombre como sujeto que *maximiza* su utilidad en todas las áreas y aspectos de su vida, no solamente en los tradicionalmente llamados “asuntos económicos”, sino también en otros que nada tienen que ver, en apariencia, con la economía. Conductas que en principio se presentan como ajenas al mercado (por ejemplo manejar un automóvil, respirar aire puro, casarse o divorciarse, y hasta tomar decisiones colectivas o políticas como prohibir el uso de estupefacientes), pueden ser entendidas, analizadas y predichas con el andamiaje conceptual y las herramientas metodológicas proporcionadas por el enfoque de la elección racional de Becker.

La tarea de la economía, concebida entonces como la ciencia de la elección racional, es explorar las consecuencias de presuponer que el hombre se comporta como un maximizador racional de sus fines en la vida y de sus satisfacciones. Pero la maximización racional, según Posner, no debe confundirse con el cálculo consciente, ya que la economía, entendida en términos tan amplios, es una teoría sobre la conducta humana pero no sobre la conciencia<sup>13</sup>. El enfoque de la elección racional no pretende ser, en efecto, una teoría mo-

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>11</sup> POSNER, R. *Economic Analysis of Law*, Aspen, New York, 2003, p. 6.

<sup>12</sup> POSNER, R. “The Law and Economics Movement”, *op.cit.*, p. 3.

<sup>13</sup> POSNER, R. *Economic Analysis of Law*, *op.cit.*, p. 3.

tivacional, es decir, una teoría psicológica sobre la conducta humana. A dicho enfoque no le interesan los fines o motivos por los que el individuo actúa, sino los medios más eficaces para alcanzar los fines que se presuponen ya dados. La razón de esto reside en el carácter estrictamente *instrumental* de la elección racional tal como Becker la concibe. Esto permite, según Posner, que el concepto de racionalidad empleado por los economistas que siguen este enfoque sea “objetivo” (o instrumental) más bien que “subjetivo”. Desde esta perspectiva, racionalidad significa para los economistas nada más que “la disposición a elegir, consciente o inconscientemente, los medios más aptos para satisfacer cualesquiera fines que el decisor escoja”, a punto tal que “no constituye un solecismo hablar de una rana racional”, pues la racionalidad es la aptitud e inclinación a usar la razón instrumental para “progresar en la vida”, pero no presupone la conciencia, ni por cierto la omnisciencia<sup>14</sup>. En resumidas cuentas, la racionalidad *instrumental* de la elección racional implica simplemente

“la elección de aquellas acciones que mejor satisfacen los fines u objetivos de un individuo, cualesquiera sean sus características. La racionalidad instrumental es una racionalidad de medios eficientes, y *per se* es completamente agnóstica respecto a la naturaleza de los fines a los que los medios sirven”<sup>15</sup>.

Ahora bien, la entera prescindencia de la racionalidad instrumental respecto a la naturaleza, la jerarquía y la entidad de los fines de la conducta humana se presenta como el carácter más problemático de este enfoque, que permitiría incluso poner en duda, como veremos, si se trata realmente de un enfoque de la elección *humana* en cuanto tal. Pero vayamos por partes.

En primer lugar, Posner es plenamente consciente de la falta de realismo de este supuesto central, es decir, de la ausencia de un “objeto de referencia en el mundo real” que pueda corresponder exactamente al término ‘conducta racional’ tal como se define en el enfoque beckeriano. En este sentido, ‘conducta racional’ es también, como cualquier otro concepto empleado por la economía así entendida (‘costo marginal’, ‘competencia perfecta’ o ‘equilibrio’), un término circular, indefinible, “indeterminado en cuanto su fin” [*open-ended concept*]. La conducta racional a que se refiere el AED no constituye una des-

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>15</sup> DAVIS, J. B. *The Theory of Individual in Economics*, Routledge, London, 2003, p. 27.

cripción de la conducta de los jueces reales, abogados, o de cualquier otro individuo con nombre y apellido de nuestro mundo, sino de un sujeto económico que no es más que un modelo abstracto, irreal, que sirve sólo para predecir de manera muy general lo que harán los individuos con nombre y apellido en un mundo real. En la capacidad de predicción probabilística reside, según Posner, la condición y la prueba de la cientificidad del modelo.

“la asunción básica de que la conducta humana sea racional parece contradecirse con las experiencias y observaciones de todos los días [...] Los presupuestos de la teoría económica son unidimensionales y más bien pálidos cuando se los toma como descripciones de la conducta humana, y especialmente de los actores económicos no convencionales que encontramos en el análisis económico del derecho tales como jueces, abogados, criminales”<sup>16</sup>.

El carácter abstracto y descarnado del modelo teórico de la elección racional obedece, como Posner admite, a la admiración por el modelo epistemológico de las modernas ciencias naturales (y habría que decir, en realidad, al modelo *positivista* de ciencias naturales), y a la imitación de los presupuestos epistemológicos sobre las que dichas ciencias están construidas<sup>17</sup>. Posner elogia la imitación del modelo de las ciencias naturales como única condición de posibilidad para que el derecho alcance un estatuto epistemológico verdaderamente científico<sup>18</sup>:

“la abstracción es de la esencia de la investigación científica, y la economía aspira a ser científica. La ley de Newton sobre la caída de los cuerpos es irrealista en su presupuesto básico de que los cuerpos caen en el vacío, pero es todavía una teoría útil porque predice con razonable exactitud el comportamiento de una amplia variedad de cuerpos que caen en el mundo real”<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> POSNER, R. *Economic Analysis of Law*, *op.cit.*, p. 17.

<sup>17</sup> Véase POSNER, R. *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 170 *et passim*.

<sup>18</sup> Que el derecho no haya alcanzado aún ese estadio es algo evidente para Posner: “El continuo aumento del prestigio, autoridad, y (subyacente a ellos) los logros de las ciencias naturales (definidas ampliamente como para incluir las matemáticas, la estadística, y la tecnología médica y computacional) puede ser otro factor de la menguante fe en la autonomía del Derecho, bastante lejos de cualquier aplicación directa de la ciencia” (POSNER, R. *The Problems of Jurisprudence*, *op.cit.*, p. 432).

<sup>19</sup> POSNER, R. *Economic Analysis of Law*, *op.cit.*, p. 17.

Estableciendo un paralelismo sorprendente del enfoque de la elección racional con las ciencias naturales, agrega:

“De manera semejante, una teoría económica del derecho no capturará la entera complejidad, riqueza y confusión de los fenómenos –criminales, procesales, conyugales o cualesquiera otros– que busca iluminar. Pero su falta de realismo, en el sentido de completividad descriptiva, lejos de invalidar la teoría, es una precondition de su teoriedad. Una teoría que desde sus supuestos buscase equivocadamente reproducir la complejidad del mundo empírico no sería una teoría –una explicación– sino una mera descripción”<sup>20</sup>.

El enfoque de la elección racional no busca entonces describir lo que normalmente los hombres de carne y hueso hacen sino predecir un comportamiento indeterminadamente abstracto<sup>21</sup>. Ahora bien, la asimilación lisa y llana del enfoque de la elección racional al método de las ciencias naturales (observación, medición, inducción y formulación de leyes generales) parece desvirtuar completamente la esencia de aquello que pretende explicar: la conducta humana. En efecto, si tal como Posner y Becker lo predicen, el término ‘elección racional’ no se refiere a una entidad observable en el mundo real sino más bien a un concepto que sólo busca predecir las consecuencias de la conducta maximizadora, resulta necesario entonces formular tres importantes observaciones:

1º) El enfoque de la elección racional de Becker-Posner no parece referirse propiamente al proceso de elección a través del cual los hombres de carne y hueso que habitan en este mundo suelen tomar decisiones. En tal sentido, el enfoque de Becker-Posner se podría haber denominado enfoque del *determinismo* conductual o algo semejante, y con ello tal vez se hubiera hecho mayor justicia a su verdadera naturaleza y orientación.

2º) Este enfoque tampoco pretende explicar, en rigor, nada, si por explicar se entiende el dar cuenta de un fenómeno a través de sus causas. Como

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Así lo han entendido también los que continúan tras las huellas de Posner. Kornhauser, al definir el concepto de ‘preferencias’ sobre el que se asienta el enfoque positivo del AED aclara que tal concepto “en la teoría microeconómica es un término técnico que se refiere a una estructura matemática sobre un dominio de ‘objetos’[...]”, y que dicha “estructura matemática no posee ningún contenido psicológico inherente” (KORNHAUSER, L. “Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions”, en *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, pp. 68-69).

dice Nancy Cartwright, la tradición aristotélica de considerar a la explicación científica en términos de causas se ha mantenido durante siglos, y la ciencia actual todavía sigue explicando por causas<sup>22</sup>. En efecto, el enfoque de la elección racional no explica las causas del comportamiento real de los jueces, legisladores, litigantes o criminales, el por qué y el cómo se arriba a una elección eficiente; sólo predice que cualquiera sea el curso de acción que se elija la solución alcanzada será siempre eficiente.

3º) Pero las predicciones del enfoque terminan resultando tautológicas y no falsables, de un carácter tan abstracto, formal y vacío de contenido que en definitiva, como dice Ricardo Crespo de las teorías concebidas como herramientas para hacer predicciones, “suponen una noción de ciencia muy pobre”<sup>23</sup>.

En relación a la primera observación, es importante resaltar entonces el carácter determinista del enfoque de la elección racional. En efecto, lo que este enfoque predice en relación al comportamiento maximizador es que el individuo reaccionará ante determinados estímulos de una manera y no de otra. La reacción racional del individuo será siempre la maximización de su utilidad o bienestar, o lo que es igual, la realización de un análisis comparativo entre el valor esperado –y por ende incierto– de una determinada conducta en relación a otra, y la consecuente opción por el curso de acción que más beneficios le reporte o menos costos le acarree. Pero esta manera de definir la elección racional simplifica a tal punto las cosas, y deja de lado tantos aspectos esenciales que hacen a una decisión libre, que lo menos que puede decirse es que no hay una verdadera elección en el sujeto maximizador, sino una suerte de reflejo o respuesta condicionada a un estímulo. El sujeto maximizador del enfoque beckeriano no se distingue en absoluto de un asno, una rata o una paloma, como reconoce con entera soltura Posner:

“El ‘hombre económico’ [...] es una persona cuya conducta se encuentra completamente determinada por los incentivos; su racionalidad no difiere de la de una paloma o una rata”<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> CARTWRIGHT, N. “Aristotelian Natures and the Modern Experimental Method”, *Inference, Explanation, and Other Frustrations*, University of California Press, Berkeley, 1992, p. 47 y ss.

<sup>23</sup> CRESPO, R. “Una reflexión sobre la razón teórica y la razón práctica en la Economía”, *Revista Empresa y Humanismo* (Universidad de Navarra), vol. XII, n° 2/09, pp. 107-152.

<sup>24</sup> POSNER, R. *The Problems of Jurisprudence*, *op.cit.*, p. 382.

A consecuencia de ello, y en relación a la segunda de las observaciones formuladas, cuando se lleva la abstracción a tal extremo de generalidad que no se encuentran diferencias relevantes entre la conducta de un asno, una rata y un ser humano, las predicciones resultantes de tal abstracción son tan generales, vagas e indeterminadas que no dicen nada significativo, o por lo menos nada que tenga sentido en su referencia a la realidad (realidad de la que renegó precisamente en su mismo punto de partida).

Como ocurre con cualquier concepción conductivista o determinista de la conducta humana, en el enfoque de la elección racional no se toma en cuenta la posibilidad de que la respuesta a los incentivos sea otra que la ya definida de antemano, y en todo caso las situaciones que no encajan en el modelo –raras excepciones, dado el carácter tan amplio y circular del concepto de eficiencia– son vistas como aceptables dentro de un margen de error probabilístico. Curiosamente Posner imputa vaguedad conceptual e indeterminación a términos como ‘libre albedrío’ o ‘deliberación’, a los que califica de “entidades metafísicas” cuya deconstrucción es necesaria pues constituyen la piedra angular del formalismo jurídico, el gran responsable de que el derecho no haya alcanzado aún el estadio científico que su enfoque pretende darle. El giro analítico que propugna es por demás sorprendente, ya que

“al adoptar un enfoque conductista del derecho puede parecer que estoy asumiendo una postura no sólo radicalmente inconsistente con mi propia profesión de juez, que requiere de mí tomar decisiones e implica una actividad mental y el ejercicio de una voluntad libre, sino más importante aún, inconsistente con cualquier teoría plausible del proceso judicial”<sup>25</sup>.

Posner sostiene en su defensa que el giro analítico de su enfoque asume la perspectiva externa propia de un observador científico. Desde una perspectiva interna, en tanto juez y actor de un proceso, admite realizar elecciones con voluntad libre, intención y discernimiento, pero como científico que observa el fenómeno desde fuera desconoce tales elementos y los considera absolutamente prescindentes a la hora de predecir cómo se comportará un juez cualquiera, incluso él mismo. Posner invoca la influencia intelectual de Herbert Hart en relación a la postulación de un “punto de vista externo” al derecho.

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 186.

Sin embargo, es importante señalar que el propio Hart tomó distancia de un enfoque tan “admirablemente ingenuo” como éste que torna evidente la necesidad de algo más que la utilidad o la eficiencia para una explicación satisfactoria y una teoría crítica de las decisiones jurídicas<sup>26</sup>.

En cuanto al carácter tautológico y empíricamente incontrastable de las predicciones que el enfoque formula, es evidente que la retórica desplegada por la escuela de Chicago está lejos de ser “admirablemente ingenua”. Como en la vieja fábula del sastre que engaña al príncipe y lo viste de aire apostando al temor reverencial de los súbditos, aquí también la retórica de un oficio quizás mal asumido mostraría lo que la reverencia a los datos pretende generar cuando se intenta vestir la desnudez de la receta liberal con datos de dudosa consistencia. Veamos por qué.

#### 4. CONSECUENCIAS POLÍTICAS DE UN ENFOQUE “INGENUO”

El giro analítico de Posner y de la escuela de Chicago no puede tomarse como una retórica “admirablemente ingenua” sin consecuencias políticas. Si algo caracteriza a Richard Posner es su afán por trasladar a la arena pública los resultados de su enfoque científico del derecho, y por consiguiente, el rechazo a “los pusilánimes que aconsejan la evasión de tópicos particulares porque resulten ser ética o políticamente [...] controvertidos en nuestro tiempo”<sup>27</sup>. Una conferencia pronunciada el 27 de marzo de 1996 en la sede de la UNESCO en París<sup>28</sup> y otra pronunciada un año más tarde en la Universidad de Harvard<sup>29</sup> constituyen un franco ejemplo de hasta qué punto la retórica científica de su enfoque no entraña ninguna ingenuidad.

<sup>26</sup> Véase HART, H. “American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, *Georgia Law Review*, vol. 11, 1977, pp. 987-988. Para Hart resulta necesario adoptar alguna teoría general de los derechos morales individuales que guarde relación con los restantes valores que el derecho persigue, “una teoría de una comprensión mucho más amplia y una articulación más detallada que la propuesta hasta ahora”. Véase la p. 25 del manuscrito original en <[http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures\\_pre\\_arch\\_lectures\\_sibley/33](http://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/33)>, 1977 (11 de agosto de 2012).

<sup>27</sup> POSNER, R. “The Law and Economics Movement”, *op.cit.*, p. 3.

<sup>28</sup> Publicada como “Equality, Wealth, and Political Stability”, en *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 13, n° 2 (1997), pp. 344-365.

<sup>29</sup> “The Problematics of Moral and Legal Theory”, *Harvard Law Review*, vol. 111, n° 7 (1998), pp. 1637-1717.



El tema central de la conferencia en la sede de la UNESCO gira en torno a si la creciente desigualdad en el ingreso que afecta a los Estados Unidos de Norteamérica y a otros países desarrollados no constituye acaso una amenaza para la estabilidad política, tomando como ejemplo algunos hechos dramáticos de “terrorismo político doméstico” como la voladura de un edificio federal en Oklahoma City en abril de 1995. Posner ofrece allí “razones teóricas tanto como evidencias empíricas” para creer que “es el *nivel* de ingreso (*v.gr.* el producto bruto *per capita*) antes que la *igualdad* del ingreso lo importante para mantener la estabilidad política”<sup>30</sup>, y aclara que su enfoque del problema es *positivo* antes que *normativo*, ya que no aspira a responder el interrogante de si la igualdad sea algo bueno o malo en sí mismo, por derecho propio; sólo pretende analizar si la igualdad constituye o no un “instrumento efectivo para promover la estabilidad política”<sup>31</sup>.

En primer lugar la estabilidad política puede ser definida de manera negativa y en un sentido restringido como

“la ausencia de guerras civiles, golpes (exitosos o conatos), de frecuentes cambios constitucionales (por ejemplo, un cambio de la dictadura a la democracia) y de terrorismo político doméstico, corrupción y expropiación”<sup>32</sup>.

Esta comprensión restringida pareciera no distinguir entre un régimen autoritario y la verdadera estabilidad política reinante en una democracia consolidada. De hecho los síntomas de la estabilidad política también suelen presentarse en un régimen autoritario, aunque más bien por efecto de la represión organizada del aparato estatal. Sin embargo, Posner sostiene que la historia del siglo XX es un ejemplo de cuán poco puede durar un régimen autoritario por duro, cruel y organizado que pueda estar, ya que la realidad se termina imponiendo a la larga a quien intenta negarla o desconocerla<sup>33</sup>. De manera que la ausencia de guerras, conatos, golpes, y las restantes amenazas deben tomarse como síntomas de una sociedad políticamente estable *en el transcurso del tiempo*. En cuanto a los ocasionales asesinatos políticos, Posner argumenta

<sup>30</sup> POSNER, R. “Equality, Wealth, and Political Stability”, *op.cit.*, p. 344.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 346.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 344.

<sup>33</sup> “Como el tipo de cambio fijo versus el flexible, un gobierno autoritario oculta más bien que elimina una situación inestable” (*ibid.*, p. 345).

que no pueden computarse como “terrorismo político doméstico” porque no tienen entidad suficiente para desestabilizar un sistema democrático consolidado, como lo muestra la historia de los EE.UU. de Norteamérica.

La pregunta que cabe formular entonces es si la creciente desigualdad en el ingreso que parece ser una constante en los países desarrollados desde 1980 en adelante, es decir, desde la implementación del llamado “Consenso de Washington”, podría alentar la formación de una clase social empobrecida, resentida, alienada, incapaz de participar activamente en política, y por ende caldo de cultivo de violentas manifestaciones y ataques desestabilizadores a la democracia.

Posner responde por la negativa a condición de que exista un nivel de ingreso promedio relativamente alto aun cuando exista una distribución desigual del ingreso y una considerable clase baja. Vale decir, si existe un poder adquisitivo alto en una sociedad, aunque tal sociedad se vea afectada por la desigualdad del ingreso, la estabilidad política parece estar asegurada. Pero poder adquisitivo alto es sinónimo de riqueza, y por ello resulta fundamental apuntar a dicho objetivo como política de Estado y no a mejorar la igualdad en el ingreso. Es claro, por otra parte, que se trata de dos políticas incompatibles para Posner, porque para llevar adelante una política redistributiva se necesita una creciente presión impositiva que desincentivará la inversión o bien orientará los recursos hacia actividades improductivas o ineficientes con el afán de eludir la presión fiscal<sup>34</sup>.

La razón de que la riqueza (el ingreso promedio alto) esté positivamente correlacionada con la estabilidad política parece apoyarse en algunos datos de fácil apreciación:

“En los países en que una vasta mayoría de la población la pasa razonablemente bien [*is reasonable well off*], y puede y quiere financiar un aparato formidablemente grande y poderoso para el mantenimiento del orden público, la clase inferior no tiene un poder de palanca significativo ni oportunidades”<sup>35</sup>.

Ese aparato represor no debe ser una simple fuerza bruta de choque que pueda llegar a desmadrarse y eventualmente atropellar a los “ciudadanos respetuosos de la ley”, porque ello socavaría la legitimidad del sistema y lo deses-

<sup>34</sup> POSNER, R. “Equality, Wealth, and Political Stability”, *op.cit.*, p. 346, nota 7.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 346.

tabilizaría. Precisamente las teorías de la acción revolucionaria buscan provocar al gobierno para que adopte medidas impopulares de represión como “la tortura y los castigos colectivos”, argumenta Posner. Los ciudadanos de los países ricos pueden, por el contrario, afrontar un aparato represor que sea a la vez efectivo y civilizado, fuerte pero no provocador, integrado por una justicia criminal y un sistema de seguridad interna y de “inteligencia” que preserven adecuadamente las libertades civiles. Es obvio, por otra parte, que ese aparato es costado mayormente con los recursos de los pudientes, que son los más interesados en conservar el *statu quo* y que destinan gustosamente parte de sus ingresos al mantenimiento del costoso aparato, cosa que no pudo hacerse cuando los ingresos medios son bajos. Como dice un autor que Posner cita en apoyo de sus argumentos:

“prácticamente cualquier teoría razonable de la libertad predecirá una correlación positiva entre la libertad y el ingreso real. Por el lado de la demanda, la libertad debe considerarse un bien de lujo, de modo que los recursos destinados al logro de la libertad individual parece que serán mayores cuanto mayor sea el ingreso *per capita*. Por el lado de la oferta, es indudablemente más costoso reprimir a un rico que a un pobre, y la necesidad de hacerlo probablemente menos imperiosa”<sup>36</sup>.

Es decir, si la seguridad es un bien de lujo, la demanda de dicho bien se hará efectiva cuando las necesidades básicas estén satisfechas, razón por la cual un sistema sofisticado, inteligente, efectivo y civilizado de represión sólo puede darse en países con un ingreso medio relativamente alto.

Pero además, si el ingreso promedio crece, es lógico que los ingresos de la clase más baja también crezcan, aunque sea a un ritmo mucho más lento que el de los más aventajados y se estire en consecuencia la brecha en la distribución de la riqueza. Ahora bien, como la gente mide en general “cómo le va” en relación a su propio poder adquisitivo anterior y no en relación al poder adquisitivo de personas con las que no tiene nada en común (los pobres con los ricos), si un asalariado siente que ha podido crecer económicamente aunque los ricos hayan crecido más que él, tenderá a subestimar esto último y se concentrará más en su propia experiencia y no en la ajena, pues ella es el punto de

---

<sup>36</sup> BILSON, J. “Civil Liberty. An Econometric Investigation”, *Kyklos* (International Review for Social Sciences), vol. 35/1 (1982), p. 103.

referencia más cercano que posee. Esto hará que tenga poco interés en “desestabilizar el régimen”, y aquí hay un argumento suficiente de lo importante que resulta para un gobierno asegurar el crecimiento, o sea, maximizar la riqueza, antes que distribuirla y asegurar el bienestar colectivo. Un argumento nada ingenuo, como puede apreciarse.

Alguien podría pensar que quizás Posner no haga más que *aggiornar* el viejo argumento aristotélico a favor de la clase media<sup>37</sup>. Pero la comparación no tiene cabida. Es obvio que la estabilidad política (*aspháleia*) buscada por el Estagirita responde a un concepto de lo político radicalmente diferente a la escuálida concepción liberal. Lo que en el filósofo griego constituye un régimen intermedio entre la riqueza y la pobreza extrema acompañado de virtud, no puede confundirse con lo que en el enfoque de Chicago es la defensa a ultranza de la riqueza como único objetivo moral de una sociedad inequitativa, excusada y tolerada por el aturdimiento cómplice de una clase moralmente empobrecida que se conforma con adquirir más “bienes” de los que el año anterior podía adquirir.

Pero además, la envidia juega en la concepción liberal de lo político un rol importante, actuando de manera curiosa como una suerte de “cemento social” que permite conectarnos “empáticamente” con los otros aunque más no sea para sentir sus gozos como pesares nuestros y sus pesares como gozos. Tal es la consecuencia de una sociedad individualista, ajena a la idea aristotélica de amistad como factor cohesivo de la *polis*, que desecha la igualdad pero abraza la riqueza porque entre otras cosas asegura la estabilidad política “negativa”, vale decir, la estabilidad política que no tiene sentido en sí misma, en cuanto valor político, sino en cuanto ausencia de impedimentos que permitan el crecimiento económico y la riqueza. Se trata en definitiva una sociedad en la que

“el sistema de propiedad y derechos contractuales es lo suficientemente robusto como para impedir que la envidia de uno se alivie haciendo que al que le va bien le vaya mal; la envidia es un aguijón para el esfuerzo y el éxito –esfuerzo para elevarse por encima de los otros, pero no para empujarlos hacia abajo–”<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> “La ciudad debe estar constituida de elementos iguales y semejantes en el mayor grado posible, y esta condición se da especialmente en la clase media [...] Además, los ciudadanos de la clase media son los más estables en las ciudades, porque ni codician lo ajeno como los pobres, ni otros desean lo suyo, como los pobres lo que tienen los ricos, y al no ser objeto de conspiraciones ni conspirar, viven en seguridad” (ARISTÓTELES, *Política* VI, 11 1295b 31-40).

<sup>38</sup> POSNER, R. “Equality, Wealth, and Political Stability”, p. 353.

Posner pretende documentar sus argumentos políticos con un estudio empírico que revelaría la conexión de una serie de indicadores económicos con los síntomas antes dichos de la estabilidad política: riesgo de expropiación, ausencia de corrupción, seguridad jurídica y un “indicador de libertad” que no define demasiado. Ofrece la explicación de los métodos seguidos para la obtención y medición de tales variables, y contrasta la situación de los cuatro “continentes económicos” (Norteamérica-Europa-Australia por un lado, Asia, América Latina y África por el otro) con su crecimiento en ingreso promedio y en desigualdad a lo largo del tiempo. En un segundo estudio analiza los coeficientes de crecimiento y desigualdad en 89 países del mundo durante los últimos 20 años. Los informes presentados y los datos relevados confirmarían ampliamente su hipótesis: los países con mayores ingresos promedio, aunque tengan mayor desigualdad, son más estables políticamente según los indicadores previamente definidos para la estabilidad.

Aquí empieza a correrse el velo de la retórica científica que envuelve el giro analítico de Posner. Todo el soporte empírico de su hipótesis depende de una confiabilidad dudosa de los datos, de una relación de causalidad bidireccional (ambigua, por ende) entre la estabilidad y la riqueza, y en última instancia de la respuesta moral que una sociedad pueda dar al grado de desigualdad que padece. En efecto, Posner admite que el significado de las investigaciones es limitado, pues

“los datos económicos internacionales, de las naciones más pobres especialmente, tienden a ser poco fidedignos, y los datos políticos son frecuentemente poco fidedignos y subjetivos”<sup>39</sup>.

Posner abriga dudas en torno a la fiabilidad de los datos provenientes de las naciones pobres, aun cuando el verdadero problema de la argumentación política en base a datos empíricos es otro. La medición y obtención de datos objetivos y confiables en las ciencias sociales puede abordarse desde distintas perspectivas, pero es evidente para quien se sitúe incluso en una perspectiva *naturalista* de la investigación científica (como hace el enfoque de la elección racional) que los datos obtenidos son fruto siempre de una interpretación, cuando no de una manipulación inconsciente de la realidad que se pretende

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 355.

encajar en una matriz de datos previamente establecida<sup>40</sup>. La desconfianza en algunos datos, que Posner atribuye a la pobreza de las naciones (lo que supone que su ciencia es también pobre y poco confiable) plantea un primer interrogante en torno al carácter apodíctico de la pretendida correlación entre riqueza y estabilidad. Existen también estudios que han mostrado, con igual apoyo en los datos, que existe correlación entre la desigualdad en el ingreso y la inestabilidad política por más que exista un nivel de ingresos relativamente alto<sup>41</sup>.

Pero además los datos no pueden establecer por sí mismos la relación de causalidad. En efecto, hay naciones como Noruega, Suecia y Alemania, entre otras, que poseen una importante igualdad en el ingreso y tienen evidentemente una gran estabilidad política, como reconoce Posner con cierto desconcierto<sup>42</sup>. Eso quiere decir que la estabilidad política también se encuentra en naciones desarrolladas con equidad, y en consecuencia, ya no parece ser la riqueza la única causa de la estabilidad. Entonces, ¿es la riqueza la causa de la estabilidad, o más bien la estabilidad la causa de la riqueza? Podría pensarse que la estabilidad política ha sido una característica de muchas naciones aun mucho antes de ser ricas. La *Democracia en América* de Alexis de Tocqueville así lo reflejaba en una época en que los Estados Unidos de Norteamérica estaban muy lejos todavía de ser una nación rica, o de tener al menos un ingreso promedio alto si se lo hubiese podido comparar con el de las naciones europeas de entonces. Nada impide pensar que las condiciones políticas y sociales de estabilidad y seguridad obedezcan a razones culturales, históricas y religiosas que Posner deja explícitamente de lado<sup>43</sup>, y que se produzca un crecimiento sostenido y un aumento considerable de la riqueza económica merced a esas otras razones. De hecho Posner admite la existencia de estudios que muestran la correlación positiva entre la estabilidad política y el crecimiento económico<sup>44</sup>, y en una conferencia

---

<sup>40</sup> “El enfoque naturalista, dominante en la actualidad, especialmente en el mundo anglosajón [...] conduce indefectiblemente a desarrollar estrategias de investigación que pasan por alto las particularidades culturales y motivacionales –de gran variabilidad– para encontrar en las dimensiones biológicas, ecológicas y económicas, entre otras, una base posible de generalización y comparación transcultural” (KLIMOVSKY, G. y HIDALGO, C. *La inexplicable sociedad. Cuestiones de epistemología de las ciencias sociales*, A-Z Editora, Buenos Aires, 1998, p. 20).

<sup>41</sup> Véase MULLER, E. y SELIGSON, M. “Inequality and Insurgency”, *American Political Science Review*, vol. 81/2 (1987), pp. 425-452. Posner admite la existencia de estos estudios.

<sup>42</sup> POSNER, R. “Equality, Wealth, and Political Stability”, p. 345, nota 2.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 345.

<sup>44</sup> Véase BARRO, R. “Economic Growth in a Cross Section of Countries”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 106/2 (1991), pp. 407-443.

pronunciada en el XXI Congreso Mundial de la *Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie* (Suecia, 14 de agosto de 2003) admite expresamente que “un país pobre puede no estar listo para costear un buen sistema legal, pero sin un buen sistema legal puede ser que nunca llegue a ser lo suficientemente rico como para costear tal sistema [...] Esto significa que la estrategia de crear primero las normas es mejor cuanto más populoso sea el país”<sup>45</sup>. Con ello admite que tanto la riqueza puede ser la causa de la estabilidad política, como a la inversa, y que en última instancia la retórica neoliberal de la eficiencia se apoya en datos que pueden ser interpretados tanto en una dirección como en otra.

Lo que la retórica liberal no está dispuesta a admitir, aparentemente, es que en última instancia la creciente desigualdad constituya un escándalo moral. Pero esto plantea la necesidad de discutir el *por qué* y el *para qué* de la riqueza en un terreno en el que la eficiencia debe mostrar forzosamente sus credenciales, más allá de los datos y de las interpretaciones de esos datos. Ese terreno es el ámbito moral. En efecto, la crisis financiera que ha afectado recientemente a los EE.UU. de Norteamérica y a los países más ricos parece haber tenido entre sus causas algunos factores de orden moral. La estafa de Bernard Madoff, fundador de una de las más importantes inversoras de Wall Street y cofundador de la calificadora de inversiones NASDAQ, alcanzó la suma de 50.000 millones de dólares contando entre sus víctimas varias fundaciones de caridad. La sentencia del 29 de junio de 2009 a 150 años de cárcel para haber recaído en algo más que su persona y estilo de vida, y torna ineludible la discusión moral en torno a la riqueza. Pero al parecer, la desigualdad no constituye en sí misma la esencia del problema para Posner, sino la mayor o menor capacidad de reacción de parte de la gente, lo que en todo caso transforma el problema moral de fondo en un problema diferente y hasta de menor envergadura, un problema sólo de “sensaciones colectivas”:

“El punto más amplio es que no es el modo en que el ingreso se encuentre desigualmente distribuido en la población lo que determina las consecuencias políticas de la desigualdad, sino la respuesta ética o emocional a ese grado de desigualdad”<sup>46</sup>

<sup>45</sup> POSNER, R. “El Análisis Económico del Derecho en el *Common Law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo”, *Revista de Economía y Derecho*, vol. 2, n° 7 (invierno de 2005), p. 15.

<sup>46</sup> POSNER, R. “Equality, Wealth, and Political Stability”, p. 353.

Podríamos preguntarnos si, en definitiva, la estrategia política del discurso a favor del libre mercado no consiste en apelar a la aparente autoridad científica de un discurso formal y abstracto que aspira a anestesiar con datos, hasta donde sea posible, las respuestas éticas o emocionales a los problemas que las recetas de “ajuste” encierran. En ese sentido, su éxito parece depender en gran medida de la admisión del postulado fundamental en torno al cual dicha estrategia se articula: la afirmación de que, en el fondo, no habrían diferencias relevantes entre un asno, una rata y un sujeto económico.